



Controle judicial de prestações positivas e negativas do Estado

Autora: Carolina Moura Lebbos

Juíza Federal Substituta

publicado em 18.12.2013



[enviar este artigo]



[imprimir]

Resumo

Estudo, em linhas gerais, do controle jurisdicional incidente sobre a atividade material do Estado. Analisa o cabimento do controle jurisdicional da atividade administrativa estatal, a partir do princípio da separação dos poderes. Tece considerações acerca da discricionariedade administrativa, embasando-se em uma classificação dos atos administrativos segundo seu grau de vinculação. Nessa linha, traça os parâmetros para o controle jurisdicional, a partir dos limites ao exercício da discricionariedade. Examina brevemente o conteúdo das prestações positivas e negativas do Estado. Afirma a possibilidade de controle jurisdicional de tais atividades, não obstante a textura aberta das normas constitucionais que veiculam direitos fundamentais e a escassez dos recursos públicos. Considera as opções constitucionais relativas ao objeto de estudo. Assenta entendimento quanto à necessidade de dar plena concretude às decisões judiciais atinentes às prestações estatais, mediante adoção de medidas coercitivas e sub-rogatórias.

Palavras-chave: Controle judicial. Administração. Prestações positivas. Prestações negativas. Execução.

Sumário: Introdução. 1 Controle judicial da atividade administrativa e separação de poderes. 2 Limites ao controle judicial da atividade administrativa: discricionariedade administrativa. 3 Prestações estatais positivas. 4 Prestações estatais negativas. 5 Exequibilidade. Conclusão. Referências bibliográficas.

Introdução

A Constituição da República de 1988 traz a consagração de direitos e garantias fundamentais, muitos deles dependentes de ações ou omissões estatais. No entanto, tal previsão se tornaria letra morta diante da subtração da atividade executiva estatal ao controle jurisdicional.

A justicialidade dos direitos constitucionalmente previstos, entendida não apenas como declaração de deveres da Administração por parte do Poder Judiciário, mas também como realização concreta do conteúdo normativo, é condição inafastável da existência do Estado Constitucional Democrático de Direito.

Nesse contexto, o presente estudo se destina a traçar linhas gerais no tocante ao controle jurisdicional de prestações materiais positivas e negativas do Estado, tendo em vista sua efetiva concretização.

A primeira e a segunda seções são dedicadas ao exame da constitucionalidade e dos limites do controle jurisdicional das atividades administrativas, a partir da interpretação do princípio da separação dos poderes e do âmbito de incidência da discricionariedade.

Na terceira e na quarta seções, procura-se analisar brevemente o conteúdo

das prestações positivas e negativas do Estado. Além disso, traçam-se alguns parâmetros para a atuação jurisdicional.

A quinta seção é reservada ao estudo dos meios de execução e, pois, concretização das determinações jurisdicionais atinentes às prestações estatais.

1 Controle judicial da atividade administrativa e separação de poderes

O princípio da separação de poderes teve sua sistematização na obra de Montesquieu, que o empregou claramente como técnica de salvaguarda da liberdade. Segundo Montesquieu, todo homem que detém o poder tende a dele abusar, até onde se lhe deparem limites. Assim, para evitar o abuso de poder, faz-se mister organizar a sociedade política de forma a constituir o poder um freio ao próprio poder.(1)

Esse princípio, tal como sistematizado por Montesquieu, admite diversas interpretações e concretizações, variando seu significado de acordo com o momento histórico e o ordenamento constitucional em que inserido. Nas palavras de Canotilho, o princípio da separação e da interdependência dos poderes

“(...) não é um esquema constitucional rígido, mas apenas um princípio organizatório fundamental. Como tal, não há que perguntar pela sua realização estrita nem há que considerá-lo como um dogma de valor intemporal. Devemos perspectivá-lo como **princípio histórico** (K. Hesse) ‘em contacto’ com uma ordem constitucional concreta.”(2)

Nessa perspectiva histórica e constitucionalmente adequada, a ideia de separação de poderes empregada, nos séculos XVII e XVIII, como reação contra o absolutismo monárquico e associada à filosofia política iluminista e liberal deve ser – como efetivamente tem sido – revisitada e enriquecida.

Mesmo em constituições datadas de uma mesma época, o princípio da separação de poderes não foi consagrado da mesma maneira nem com a mesma rigidez. Assim, conforme analisa Jorge Miranda, na França, em especial nas Constituições de 1791 e de 1795, “pareceu prevalecer uma visão mecanicista, de apertada distribuição de poderes pelos diversos órgãos”.(3) Cada um desses órgãos deveria agir com total independência em relação aos demais, recusando-se aos tribunais a fiscalização da constitucionalidade das leis ou dos atos administrativos. Diversamente, nos Estados Unidos, “prevaleceu um sentido coordenador, com relacionamento ou cooperação funcional, de *checks and balances*, e, por isso, estabeleceram-se processos complexos de agir e admitiu-se, desde o início, a *judicial review*”.(4)

Ainda de acordo com Jorge Miranda,

“No século XX, as transformações ocorridas nas relações entre Estado e sociedade, o peso da Administração pública de prestação, as crises económicas, os desafios trazidos por novas ideologias, a inaptidão dos Parlamentos para fazerem face a muitos dos problemas colectivos, as exigências da vida internacional, tudo isso não poderia deixar de afectar o princípio da separação de poderes.”(5)

Chegou-se a preconizar até mesmo a superação do princípio, argumentando-se sua inadequação política. Essa ideia, porém, remete à noção liberal, estritamente rígida, de separação de poderes. O certo é que tal princípio ainda persiste e persistirá onde houver Estado de Direito.(6) Todavia, diante do constitucionalismo moderno, assume novo significado, mais próximo da concepção consagrada na Constituição estadunidense.

Consoante lição de Paulo Bonavides,

“Em uma idade em que o povo organizado se fez o único e verdadeiro poder e o Estado contraiu na ordem social responsabilidades que o Estado liberal jamais conheceu, não há lugar para a prática de um princípio rigoroso de separação. (...)”

Desde, porém, que se desfez a ameaça de volver o Estado ao absolutismo da realeza e a valoração política passou do plano individualista ao plano social, cessaram as razões de sustentar, em termos absolutos, um princípio que logicamente paralisava a ação do poder estatal e criava consideráveis

contrassensos na vida de instituições que se renovam e não podem conter-se, senão contrafeitas, nos estreitíssimos lindes de uma técnica já obsoleta e ultrapassada. (...)

Como conciliar a noção de soberania com a de poderes divididos e separados? O princípio vale unicamente por técnica distributiva de funções distintas entre órgãos relativamente separados; nunca, porém, valerá em termos de incomunicabilidade, antes sim de íntima cooperação, harmonia e equilíbrio, sem nenhuma linha que marque separação absoluta ou intransponível.”(7)

Desse modo, no quadro atual de organização do poder político, a obtenção do velho desiderato do equilíbrio de poderes e de um governo moderado, tal como definido por Montesquieu, exige a estruturação do princípio da separação de poderes em três momentos essenciais, assim individualizados por Canotilho: **(i)** a separação das funções estaduais e sua atribuição a diferentes titulares; **(ii)** a interdependência de funções; e **(iii)** o balanço ou controle das funções, a fim de impedir um “superpoder”, com a consequente possibilidade de abusos ou desvios.(8)

Portanto, ganham relevo os mecanismos de interdependência e controle recíproco de poder, constitucionalmente estabelecidos. E, nessa linha, ainda conforme os ensinamentos de Canotilho, “A defesa dos direitos por meio dos tribunais representa também uma ‘decisão fundamental organizatória’ (D. Lorenz), pois o controlo judicial constitui uma espécie de ‘contrapeso’ clássico em relação ao exercício dos poderes executivo e legislativo”.(9)

Nesse sentido, a concepção “elástica” da separação de poderes, sob a perspectiva da função jurisdicional, é elemento concretizador do próprio Estado de direito – na medida em que possibilita, mediante o controle jurisdicional, a efetiva submissão do legislador e do administrador à Constituição.

No Brasil, a adoção dessa interpretação flexível do princípio da separação de poderes resta evidente diante da consagração da inafastabilidade do controle jurisdicional (art. 5º, XXXV, da CR88) como garantia fundamental e núcleo essencial do Estado constitucional brasileiro. Permite-se, assim, tanto o controle de constitucionalidade das leis quanto o controle constitucional e legal da atuação administrativa.

Aliado a isso, não se pode olvidar o real sentido do princípio da proteção jurídica como subprincípio concretizador do Estado de direito. Vale mais uma vez recorrer às palavras de Canotilho: “Do princípio do Estado de direito deduz-se, sem dúvida, a exigência de um **procedimento justo e adequado de acesso** ao direito e **de realização do direito**”.(10) Logo, a prestação da tutela jurisdicional não se limita apenas ao reconhecimento de direitos, mas igualmente impõe sua realização prática, pressupondo instrumentos adequados a tanto.

Nessa ordem de ideias, conclui-se que o princípio da separação de poderes exige a realização do controle jurisdicional das ações ou omissões estatais, com todas as atividades a ele inerentes.

2 Limites ao controle judicial da atividade administrativa: discricionariedade administrativa

De acordo com a lição de Celso Antônio Bandeira de Mello, a discricionariedade administrativa pode ser entendida como

“(...) a margem de liberdade que remanesça ao administrador para eleger, segundo critérios consistentes de razoabilidade, um dentre pelo menos dois comportamentos cabíveis, perante cada caso concreto, a fim de cumprir o dever de adotar a solução mais adequada à satisfação da finalidade legal, quando, por força da fluidez das expressões da lei ou da liberdade conferida no mandamento, dele não se possa extrair objetivamente uma solução unívoca para a situação vertente.”(11)

A discricionariedade possui origem e sentido no Estado de Direito. O legislador, responsável pela elaboração das fontes primárias do direito, é

incapaz de perceber a multiplicidade de situações da vida, bem como de regulá-las de modo a atender todas as necessidades práticas da sociedade. A discricionariedade é justamente um instrumento para sanar essa situação indesejada. O legislador delimita o quadro e os objetivos a serem atingidos com uma dada norma. E, dentro desse espaço e considerando as peculiaridades do caso concreto, o administrador irá encontrar a solução material mais adequada a uma determinada situação particular.(12)

No entanto, a discricionariedade não é um instrumento legitimador de arbitrariedades por parte do administrador. Ao contrário, trata-se de expediente sujeito a uma série de limitações, que possibilitam, inclusive, o controle judicial das decisões adotadas pela Administração, aspecto fundamental em um sistema de freios e contrapesos.

Os limites ao exercício da discricionariedade não podem ser estabelecidos de maneira genérica, de modo a permitir a integral revisão de todo e qualquer ato que contenha espaços para avaliações discricionárias. Conforme ensina Gustavo Binenbojm, "ao maior ou menor grau de vinculação do administrador à juridicidade corresponderá, via de regra, maior ou menor grau de controlabilidade judicial dos seus atos".(13) Estabelece-se, assim, uma classificação dos atos administrativos, segundo seu grau de vinculação, a fim de traçar os limites ao exercício da discricionariedade administrativa, bem como à possibilidade de controle judicial.

Abstraindo-se os atos que são totalmente vinculados por regras, ter-se-ia um primeiro nível de discricionariedade quando a aplicação de uma dada norma depende da outorga de significado a conceitos jurídicos indeterminados. Esses conceitos, "por sua vagueza e alto grau de abstração, proporcionam um grau intermediário de vinculação à juridicidade. Em virtude de sua estrutura peculiar, eles exigem **valorações** ou **avaliações técnicas** dos administradores como condição para sua concretização".(14)

Nessa atividade valorativa, caberá ao administrador atentar ao que Fernando Sainz Moreno convencionou chamar de "zona de certeza positiva", ou seja, aquilo que seguramente quer significar; e também para a "zona de certeza negativa", o que certamente não quer significar.(15) Mas nem sempre a concretização dos conceitos indeterminados oferece uma zona de certeza. Em virtude de sua **ductibilidade**, alguns conceitos não podem ser determinados de maneira peremptória. Surge então uma zona residual de incerteza.

Nesse panorama, o limite que se põe efetivamente ao administrador é a zona de certeza negativa. Cabe a ele agir tanto na zona de certeza positiva quanto na zona de incerteza. No entanto, deve se abster da prática de atos que se encontram na zona de certeza negativa, ou seja, das soluções manifestamente incorretas. Desse modo, diversamente do verificado no controle de atos vinculados por regras, em que o juiz afere se a Administração deu ao caso **a solução correta** (controle positivo), no controle dos atos vinculados por conceitos jurídicos indeterminados "o juiz deve ater-se a afastar as **soluções manifestamente incorretas**. Trata-se, assim, de um controle eminentemente negativo".(16)

O segundo nível de discricionariedade se refere aos atos vinculados diretamente por princípios. Conforme explica Gustavo Binenbojm, "à míngua de regras ou conceitos jurídicos indeterminados a preordenar a atuação administrativa, recairá sobre o administrador a tarefa de **escolher**, dentre as opções jurídica e materialmente disponíveis, aquela que melhor concretiza os fins colimados pela norma de competência".(17) E essa melhor solução será necessariamente aquela que concretiza da maneira mais ampla possível o interesse tutelado pela norma, restringindo o mínimo possível os eventuais interesses contrapostos.

Nessa ordem de ideias, as competências dadas pela norma não poderão ser implementadas em uma equação de "tudo ou nada". O seu atendimento decorrerá da ponderação entre os diversos princípios envolvidos no caso concreto. Diante disso, Hartmut Maurer aponta que a medida adotada pelo administrador só será admissível se ela for idônea, necessária e conveniente. Leciona o autor alemão:

"(...) a medida somente é **idônea** se, no fundo, ela é capaz de alcançar o

resultado aspirado; a medida idônea somente é **necessária** se não estão à disposição outros meios convenientes que prejudiquem menos os afetados e a comunidade; e a medida necessária somente é **conveniente** se ela não está fora de proporção em relação ao resultado aspirado.”(18)

Por conseguinte, o ato discricionário, por mais ampla que seja a margem de escolha, não ficará imune ao controle a ser exercido pelo Poder Judiciário. Caberá ao magistrado verificar se o juízo de ponderação exercido no âmbito de competência discricionária o foi de maneira adequada, frente às características do caso concreto.

Analisando essa situação, afirma Celso Antônio Bandeira de Mello:

“O juiz poderá, a instâncias da parte e em face da argumentação por ela desenvolvida, verificar, em exame de **razoabilidade**, se o comportamento administrativamente adotado, não obstante contido dentro das possibilidades **em abstrato** abertas pela lei, revelou-se, *in concreto*, respeitoso das circunstâncias do caso e deferente para com a finalidade da norma aplicada. Em consequência dessa avaliação, o Judiciário poderá concluir, em despeito de estar em pauta providência tomada com apoio em regra outorgada de discricção, que, naquele caso específico submetido a seu crivo, a toda evidência a providência tomada era incabível, dadas as circunstâncias presentes e a finalidade que animava a lei invocada.”(19)

O desrespeito aos limites referidos, constatado mediante controle jurisdicional, poderá levar basicamente a duas consequências.

A primeira consiste na invalidação do ato administrativo. Cuida-se do chamado controle **ablativo**. Verificando a irregularidade na prática do ato, o juiz deverá invalidá-lo. Todavia, não profere decisão substituindo o seu conteúdo, mas apenas remete o ato a nova apreciação do administrador.(20)

Entretanto, em situações excepcionais, haverá a possibilidade de o Judiciário não se limitar à invalidação do ato. O juiz poderá, em certas hipóteses, não apenas anular o ato, mas também apontar a única decisão a ser admitida no caso concreto. Trata-se do fenômeno apontado pela doutrina como **redução da discricionariedade a zero**.(21) A respeito, ensina Gustavo Binbenbojm: “A discricionariedade significa que a Administração pode escolher entre alternativas diferentes, todas elas conformes ao direito; todavia, em um determinado caso, ela pode deparar-se com a redução da sua possibilidade de escolha a uma alternativa, se todas as outras resultarem vedadas por incidência de princípios”.(22)

No primeiro caso, caberá ao juiz tão somente determinar que o Poder Público desfaça o ato considerado ilegal. A determinação de um fazer restará limitada pelo exercício de competência discricionária do administrador. No segundo caso, por sua vez, pode-se imaginar a possibilidade de o magistrado ordenar o desfazimento do ato reputado ilegal e, concomitantemente, mandar que se faça algo.

3 Prestações estatais positivas

A ordem constitucional brasileira identifica expressamente os direitos a prestações positivas do Estado com os direitos fundamentais, consagrando-os como verdadeiros direitos subjetivos, em princípio plenamente tuteláveis em juízo. Nesse sentido, o art. 5º, § 1º, da Constituição da República: “As normas definidoras de direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”. A esse respeito, referindo-se aos direitos fundamentais de segunda geração, assevera Paulo Bonavides:

“Mas passaram primeiro por um ciclo de baixa normatividade ou tiveram eficácia duvidosa, em virtude de sua própria natureza de direitos que exigem do Estado determinadas prestações materiais nem sempre resgatáveis por exiguidade, carência ou limitação essencial de meios e recursos.

De juridicidade questionada nessa fase, foram eles remetidos à chamada esfera programática, em virtude de não conterem para sua concretização aquelas garantias habitualmente ministradas pelos instrumentos processuais de proteção aos direitos da liberdade. Atravessaram, a seguir, uma crise de observância e execução, cujo fim parece estar perto, desde que recentes

Constituições, inclusive a do Brasil, formularam o preceito da aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais.

De tal sorte que os direitos fundamentais da segunda geração tendem a tornar-se tão justiciáveis quanto os da primeira; pelo menos esta é a regra que já não poderá ser descumprida ou ter sua eficácia recusada com aquela facilidade de argumentação arrimada no caráter programático da norma.”(23)

Alie-se a isso o princípio da inafastabilidade da tutela jurisdicional (art. 5º, XXXV, da CR88), com o qual se mostra totalmente incompatível a tese de que os direitos fundamentais prestacionais não seriam, de maneira alguma, tuteláveis em juízo. Esses fatores, porém, não encerram a questão.

A primeira dificuldade a ser enfrentada em relação à plena justicialidade dos direitos sociais – e de outros direitos que exigem prestações estatais positivas – se refere à textura aberta, em maior ou menor grau, em geral caracterizadora das normas constitucionais que os veiculam. A Constituição da República consagra, por exemplo, o direito à saúde, inclusive determinando a vinculação de um mínimo de recursos públicos à sua satisfação (arts. 6º, 196 e 198, § 2º, da CR88). Todavia, o texto constitucional não define expressamente em que consiste o objeto do direito à saúde, limitando-se a uma referência genérica. Não é possível inferir, por exemplo, se o direito à saúde como direito a prestações abrange todo e qualquer tipo de prestação relacionada à saúde humana (desde atendimento médico até o fornecimento de óculos, aparelhos dentários, etc.), ou se esse direito à saúde encontra-se limitado às prestações básicas e vitais em termos de saúde.(24) Há casos em que a indeterminação é ainda maior: “não só o objeto do direito social é indeterminado, como sua realização implica necessariamente uma política social ampla, não individualizável”.(25) Cite-se, por exemplo, o direito ao trabalho. Sua satisfação pressupõe a adoção de política pública de alcance geral, sequer existindo, em princípio, espaço para o exercício de pretensão individual de tutela.(26)

A vagueza dos enunciados constitucionais justifica-se pela exigência de constante adequação do atendimento aos direitos a prestações fáticas com as necessidades públicas e com os recursos disponíveis. Porém, não impede, de forma absoluta, o controle jurisdicional.

A segunda dificuldade apontada pela doutrina diz respeito exatamente à escassez de recursos públicos. Consoante ensina Ingo Wolfgang Sarlet, a implementação material dos deveres prestacionais do Estado, por sua dimensão econômica, “implica alocação de recursos materiais e humanos, encontrando-se, por essa razão, na dependência da efetiva disponibilidade desses recursos, estando, portanto, submetidos a uma reserva do possível”.(27) Com efeito, os recursos econômicos do Estado são limitados e insuficientes ao desenvolvimento pleno e integral de seus deveres constitucionais. Daí falar-se em efetivação dos direitos a prestações fáticas dentro de uma “reserva do possível”, significando sua dependência em relação aos recursos econômicos disponíveis.(28)

Ao lado desse limite fático, aponta-se então um limite jurídico. Argumenta-se que, diante de um quadro de escassez de recursos públicos e em face do âmbito de liberdade outorgado pelas normas constitucionais, somente o legislador e o administrador público democraticamente legitimados possuiriam competência para decidir sobre a afetação desses recursos. Em outras palavras, não caberia ao Judiciário, mas apenas às instâncias eleitas pelo povo, representativas dos interesses da sociedade, realizar as escolhas estratégicas em termos de efetivação de direitos a prestações materiais. Nesse contexto, fala-se de “um princípio da reserva parlamentar em matéria orçamentária, diretamente deduzido do princípio democrático e vinculado, por igual, ao princípio da separação de poderes”.(29)

O quadro ora descrito efetivamente implica alguma relativização no tocante ao reconhecimento jurisdicional dos direitos a prestações materiais do Estado. Mas não o afasta por completo.

Em princípio, compete ao Legislativo e ao Executivo formular e implementar políticas sociais e econômicas que visem a garantir, aos cidadãos, atendimento igualitário aos direitos constitucionalmente reconhecidos. Nesse

sentido, há certa margem de discricionariedade legislativa e administrativa na eleição de prioridades e na definição do conteúdo da ação, cabendo-lhes a distribuição orçamentária dos recursos públicos. Todavia, esse âmbito de liberdade está adstrito a parâmetros constitucionais, plenamente controláveis pelo Judiciário.

Em primeiro lugar, a discricionariedade, aqui, não reside na alternativa entre implementar ou não a política pública. Tratando-se de exercício de função pública, “existe o dever na adoção de todas as diretrizes de ação governamental de cunho social que a Constituição estabelece. Se possível seu implemento, o legislador e o administrador não têm nenhuma margem de escolha”.(30)

Em segundo lugar, as escolhas dos legisladores e dos administradores devem pautar-se pelas opções constitucionais. Note-se que, em relação a determinados direitos, a própria Constituição da República estabelece critérios de destinação mínima de recursos e diretrizes a serem seguidas, bem como sanções por sua inobservância. Assim, por exemplo, o dever constitucional de realização das políticas públicas de educação (arts. 212 e 208, *caput* e §§ 1º e 2º, da CR88). Também em relação às ações e aos serviços públicos de saúde a Constituição da República determina o emprego de recursos mínimos. O atendimento a tais parâmetros é plenamente passível de realização jurisdicional.(31) Diante das regras constitucionais, não há, no ponto, discricionariedade administrativa. Com base em tais preceitos, Ana Paula de Barcellos aponta, inclusive, educação e saúde como metas prioritárias do ponto de vista constitucional. E conclui no sentido de que, uma vez estabelecidas prioridades, essas devem ter reflexos nas escolhas do Poder Público, sendo subsumíveis ao controle jurisdicional.(32)

Em terceiro lugar, as escolhas de políticas públicas não podem fugir à aplicação do princípio da proporcionalidade.(33) Como exposto quando da análise da discricionariedade, em se cuidando de atos vinculados por princípios, cabe o controle jurisdicional mediante exame de razoabilidade. Por conseguinte, em determinadas situações, aferíveis no caso concreto, será cabível a tutela jurisdicional dos direitos a prestações materiais independentemente do grau de objetividade da norma constitucional. A esse respeito, o posicionamento de Ingo Wolfgang Sarlet:

“Embora tenhamos que reconhecer que a existência destes limites fáticos (reserva do possível) e jurídicos (reserva parlamentar em matéria orçamentária) implicam certa relativização no âmbito da eficácia e da efetividade dos direitos sociais prestacionais, que, de resto, acabam conflitando entre si, quando se considera que os recursos públicos deverão ser distribuídos para atendimento de todos os direitos fundamentais sociais básicos, sustentamos o entendimento, que aqui vai apresentado de modo resumido, no sentido de que sempre que nos encontramos diante de prestações de cunho emergencial, cujo indeferimento acarretaria o comprometimento irreversível ou mesmo o sacrifício de outros bens essenciais, notadamente – em se cuidando da saúde – da própria vida, da integridade física e da dignidade da pessoa humana, haveremos de reconhecer um direito subjetivo do particular à prestação reclamada em Juízo.”(34)

Cabe ainda ao Poder Judiciário o controle instrumental do atingimento ou não das metas fixadas pelo próprio Poder Público, com base nos preceitos constitucionais. Na prática, cuida-se de verificar se tais metas foram alcançadas ou não, por meio da análise de prestação de contas.(35)

Por outro lado, deve-se salientar a constante necessidade de prudência no reconhecimento jurisdicional de direitos prestacionais. Conforme adverte Daniel Sarmento, deve-se combater o chamado “populismo judicial”, ou seja, o reconhecimento de direitos sociais sem uma visão conjuntural, que, na prática, acaba tornando impossível o acesso igualitário a tais direitos. Por conseguinte, ao lado da aplicação do princípio da proporcionalidade, nos termos acima referidos, o Judiciário deve, em sua atuação, valer-se da ideia de universalização: os direitos reconhecidos a um indivíduo devem ser passíveis de extensão, de modo igualitário, a todos os outros.(36) Nessa linha, a pretensão a um direito subjetivo a prestações estatais materiais não poderá abranger toda e qualquer prestação possível e imaginável. Onde não

houver previsão legal, deverá restringir-se às prestações elementares e básicas. No campo do direito fundamental à saúde, por exemplo, não parece razoável exigir do Estado tratamento dentário de cunho não imprescindível ou o fornecimento de determinado medicamento quando existe outro similar em eficácia, mas de custo menor.(37) E, nesse contexto, desponta a fundamental relevância assumida pela tutela coletiva dos direitos prestacionais.(38)

Cabe, aliás, uma breve incursão a respeito da importância da tutela coletiva como instrumento de controle da atuação estatal – no atinente a deveres de fazer ou de não fazer. A ação coletiva, além de permitir maior igualdade e melhor aferição em termos de universalização na tutela contra o Estado, constitui-se em instrumento indispensável à participação democrática. Como observa Luiz Guilherme Marinoni,

“A estruturação da ação coletiva está ligada à ideia de Democracia Participativa, que é o resultado de uma visão crítica da Democracia Social a partir da necessidade de participação do cidadão na gestão do bem comum. Se não há qualquer dúvida de que o povo precisa participar das decisões que envolvam seu destino, para que essa participação possa frutificar é necessária a estruturação de instrumentos de participação enquanto institutos jurídicos.”(39)

Não obstante tais considerações, vale ressaltar que o cabimento da ação coletiva não exclui, por si só, a possibilidade de tutela individual.

4 Prestações estatais negativas

As atividades de cunho negativo (atinentes ao “tolerar” e ao “abster-se”)(40) podem corresponder a uma multiplicidade de situações no âmbito da tutela contra o Poder Público.

A título de exemplo, citem-se as ações referentes ao exercício dos chamados direitos da liberdade – direitos fundamentais de primeira geração. Os direitos de liberdade correspondem exatamente a direitos com caráter negativo e surgiram como expressão da necessidade de abstenção do Estado de interferir na liberdade dos particulares. Conforme Paulo Bonavides, “Os direitos da primeira geração ou direitos da liberdade têm por titular o indivíduo, são oponíveis ao Estado, traduzem-se como faculdades ou atributos da pessoa e ostentam uma subjetividade que é seu traço mais característico; enfim, são direitos de resistência ou de oposição perante o Estado”.(41) Nesse sentido, pode-se mencionar a coibição de atos atentatórios à integridade física ou moral dos presos (art. 5º, XLIX, da CR88); a inviolabilidade do domicílio (art. 5º, XI, da CR88); a vedação de restrição da liberdade de locomoção em território nacional (art. 5º, XV, da CR88); a impossibilidade da cobrança de tributos em desrespeito aos princípios tributários insculpidos no art. 150 da CR88 etc.

Igualmente, incluem-se entre as pretensões a um não fazer estatal as relacionadas à dimensão negativa dos direitos fundamentais. A afirmação dos direitos fundamentais como direitos negativos (ou direitos de defesa) significa que eles se encontram protegidos contra qualquer agressão de terceiros, inclusive do Estado.(42) Exemplifique-se com o direito à saúde. O Estado tem o dever jurídico de não afetar a saúde das pessoas, de nada fazer no sentido de prejudicá-la.(43) Uma vez comprovada a iminência ou a tendência de continuidade de atuação estatal nesse sentido, é cabível a tutela jurisdicional.(44) Outro exemplo concerne ao direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado. É dever do Estado exigir, como requisito ao ato de licenciamento ambiental, o estudo de impacto ambiental (art. 225, § 1º, IV, da CR88). Conforme assinala Luiz Guilherme Marinoni,

“(…) é possível exigir a inibição de um ato do próprio órgão licenciador, como pode acontecer, por exemplo, no caso em que é concedida a licença prévia sem a exigência de estudo de impacto ambiental, tratando-se de obra ou atividade potencialmente causadora de significativa degradação do meio ambiente. Nessa hipótese, em vista da ilegalidade já praticada, é possível requerer a tutela jurisdicional para impedir uma nova violação, que se daria com a concessão da licença subsequente.”(45)

Ademais, submete-se à tutela jurisdicional o respeito ao princípio da proibição de retrocesso social, que significa a garantia do grau de concretização dos direitos fundamentais já obtido. As prestações estatais já concretizadas radicam-se subjetivamente na esfera jurídica dos cidadãos, devendo o Poder Público abster-se de atentar contra o núcleo essencial já realizado desses direitos.(46)

5 Exequibilidade

A atividade jurisdicional no tocante às prestações estatais positivas e negativas não se esgota no reconhecimento de um fazer ou de um não fazer – processo de conhecimento. Insta dar concretude à tutela dos direitos, mediante técnicas processuais adequadas.

O conteúdo do artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição da República, ao declarar que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”, significa não apenas o reconhecimento judicial dos direitos pelo Judiciário, mas também a realização prática desses direitos. Portanto, esse dispositivo é identificado como garantia à tutela jurisdicional tempestiva, adequada e efetiva. E o exercício dessa garantia, como elemento concretizador da efetividade processual, tem por pressuposto a pré-ordenação de instrumentos processuais adequados à realidade social e às distintas exigências de proteção do direito material.(47)

Nesse contexto, consagrou-se no processo civil moderno a primazia do resultado específico. Devem-se buscar os meios processuais adequados para outorgar ao credor exatamente aquilo que ele teria caso não se tivesse configurado o descumprimento da obrigação.

Em se tratando de prestações fáticas positivas ou negativas do Estado, a regra não é diferente. Cabe ao Poder Público cumpri-las na forma específica, e não apenas indenizar perdas e danos decorrentes da violação. O ressarcimento somente terá lugar se impossível o resultado específico ou se o autor assim o requerer. Consoante assevera Flávio Luiz Yarshell, “A efetividade do processo vale tanto para o particular quanto para o ente público”.(48)

Aliás, em relação aos entes públicos, a execução específica como primazia é ainda mais evidente, diante da função promocional do Estado, consagrada na Constituição de 1988. A satisfação dos direitos fundamentais de segunda e terceira gerações, que possuem cunho eminentemente não patrimonial, seria aniquilada se a tutela a eles referente fosse simplesmente convertida em perdas e danos. O mesmo ocorreria no tocante às hipóteses de exigência de abstenção do Estado, associadas à primeira geração de direitos fundamentais.

Nesse sentido, não se pode negar o respeito à efetividade processual simplesmente por estar-se diante de um ente público. Deve-se, isso sim, procurar harmonizar o regime jurídico de direito público à preferência pelo resultado específico.

O ordenamento jurídico brasileiro atualmente prevê medidas processuais adequadas à satisfação do resultado específico, genericamente, no art. 461 do Código de Processo Civil. Tal dispositivo afigura-se plenamente aplicável ao Estado, quando devedor das obrigações objeto deste estudo.

Não se pode falar, na hipótese, em violação aos princípios da supremacia e da indisponibilidade do interesse público, comumente invocados como argumentos à subtração dos entes estatais da incidência de medidas jurisdicionais coercitivas e sub-rogatórias. A doutrina há muito esclarece que aos agentes públicos não cabe buscar a satisfação de interesses que o Estado – pelo simples fato de ser sujeito de direitos – poderia ter como qualquer outra pessoa, independentemente de sua **função**. Designam-se esses interesses por “interesses secundários”, em contraposição aos interesses primários, apontados como verdadeiros e únicos interesses públicos(49) – relacionados com a promoção de direitos fundamentais. Uma vez jurisdicionalmente reconhecido determinado dever do Poder Público, seu descumprimento infundado somente poderia ser identificável com interesses secundários.

Vale mencionar as ponderações de Eduardo Talamini a respeito da possibilidade de incidência da multa coercitiva:

"Aliás, a **ideal** observância dos princípios norteadores da função pública tornaria a multa até desnecessária. Como afirma Alessi, o interesse de que o agente público deve buscar a satisfação não é, simplesmente, o interesse da Administração como sujeito jurídico em si mesmo ('interesse secundário'), mas, sim, o 'interesse coletivo primário', formado pelo complexo de interesses prevaletentes na coletividade. Nesse passo, cumprir os provimentos judiciais é atender ao interesse público. Esgotadas as possibilidades processuais de supressão ou suspensão do comando judicial, a Fazenda Pública **deveria** (deve!) sempre cumpri-lo, por assim estar atendendo o 'interesse público primário' (o único interesse público) – e não por se sentir pressionada por medidas jurisdicionais de coerção. Como, no entanto, a realidade administrativa está longe daquele parâmetro ideal, os meios processuais de coerção, inclusive a multa, revelam-se de extrema utilidade."(50)

A adoção de medidas coercitivas e sub-rogatórias, no contexto em exame, tampouco implica substituição indevida do Poder Executivo pelo Poder Judiciário. Chiovenda indica dois critérios distintivos suficientes para a caracterização da jurisdição: **(i)** caráter substitutivo e **(ii)** escopo de atuação do direito.(51)

Assim, a substitutividade consiste em elemento inerente à função jurisdicional. Respeitados os limites de discricionariedade quanto ao reconhecimento do direito material, acima analisados, seja ao substituir a atividade administrativa, mediante o emprego de medidas sub-rogatórias, seja ao buscar a atuação do próprio Poder Público, por meio da emanção de ordens acompanhadas de instrumentos coercitivos, o Poder Judiciário não está, em verdade, interferindo indevidamente na esfera própria do Poder Executivo, mas apenas exercendo atividade tipicamente jurisdicional.

Alie-se a isso o escopo de atuação do direito. A atividade jurisdicional, marcada pelo caráter substitutivo, deve buscar a obtenção, na experiência concreta, dos precisos resultados práticos que o direito material preconiza. (52) Desse modo reconhece-se atividade jurisdicional também na efetivação dos provimentos de repercussão física.

Conclusão

1. O princípio da separação de poderes, sob uma perspectiva histórica e constitucionalmente adequada, impõe a submissão da função executiva do Estado ao controle jurisdicional. A atividade jurisdicional, no ponto, não se limita a provimentos declaratórios. Estende-se, entre outros, aos de natureza mandamental e executiva, relacionados às prestações positivas e negativas estatais.

2. O controle jurisdicional da atividade administrativa está diretamente relacionado ao maior ou menor grau de vinculação do administrador à juridicidade. É cabível o controle pelo Poder Judiciário diante **(i)** do descumprimento de regras; **(ii)** da adoção de soluções enquadráveis na "zona de certeza negativa", quando necessária a outorga de significado a conceitos jurídicos indeterminados; **(iii)** do emprego de medidas inidôneas, desnecessárias ou insuficientes, em se cuidando de atos vinculados por princípios.

3. Os direitos a prestações positivas do Estado frequentemente se identificam com os direitos fundamentais de segunda e de terceira geração. Já as atividades estatais de cunho negativo correspondem, muitas vezes, ao exercício dos direitos fundamentais de primeira geração e às pretensões relacionadas à dimensão negativa dos direitos fundamentais.

Admite-se, em princípio, sua plena justicialidade. Há dificuldades de ordem jurídica – vagueza dos enunciados constitucionais – e de ordem prática – escassez de recursos públicos. Tais questões são passíveis de análise judicial a partir do exame do grau de discricionariedade outorgado pela norma constitucional, aliado ao juízo de ponderação.

4. É necessário dar concretude à tutela dos direitos relativos a prestações estatais positivas e negativas, mediante técnicas processuais adequadas.

Nesse contexto, é possível o emprego de medidas judiciais coercitivas e sub-rogatórias.

Referências bibliográficas

BARCELLOS, Ana Paula de. **Controle jurídico e controle político-social das políticas públicas em matéria de direitos fundamentais**: limites e possibilidades. Palestra proferida no seminário "Implementação jurisdicional de políticas públicas", realizado pela Escola Superior do Ministério Público da União, Curitiba, 29 jun. 2006.

BINENBOJM, Gustavo. **Uma teoria do direito administrativo**: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

BONAVIDES, Paulo. **Ciência política**. 10. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 1999.

_____. **Curso de direito constitucional**. 11. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2001.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. 23. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2007.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Técnica processual e tutela dos direitos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

_____. **Tutela inibitória**: individual e coletiva. 3. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

MAURER, Hartmut. **Elementos de direito administrativo alemão**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 2001.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 20. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2006.

_____. **Discricionariedade e controle jurisdicional**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1996.

MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional**. 5. ed. rev. e atual. Coimbra: Coimbra, 2004. Tomo III, Estrutura constitucional do Estado.

SARLET, Ingo Wolfgang. Algumas considerações em torno do conteúdo, eficácia e efetividade do direito à saúde na Constituição de 1988. **Revista Diálogo Jurídico**, Salvador, CAJ – Centro de Atualização Jurídica, n. 10, jan. 2002. Disponível em: <<http://www.direitopublico.com.br>>. Acesso em: 04 maio 2013.

SARMENTO, Daniel. **A proteção judicial dos direitos fundamentais**. Palestra proferida no seminário "Implementação jurisdicional de políticas públicas", realizado pela Escola Superior do Ministério Público da União, Curitiba, 28 jun. 2006.

TALAMINI, Eduardo. **Tutela relativa aos deveres de fazer e de não fazer**: CPC, art. 461; CDC, art. 84. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

YARSHELL, Flávio Luiz. A execução e a efetividade do processo em relação à Fazenda. In: SUNDFELD, Carlos Ari; BUENO, Cássio Scarpinella (coords.). **Direito Processual Público**: a Fazenda Pública em juízo. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 212-222.

Notas

1. BONAVIDES, Paulo. **Ciência política**. 10. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 1999. p. 136-138. Conforme MONTESQUIEU, "Pour qu'on ne puisse pas abuser du pouvoir il faut que, par la disposition de choses, le pouvoir arrête le pouvoir" (MONTESQUIEU. **De l'esprit des lois**, 1748, Livro XI, Cap. IV apud CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Op. cit., p. 558).

2. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003. p. 556-557.

3. MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional**. 5. ed. rev. e atual. Coimbra: Coimbra, 2004. Tomo III, Estrutura constitucional do Estado. p. 383.

4. Idem.

5. Ibidem, p. 383-384.

6. BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 11. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 511.

7. BONAVIDES, Paulo. **Ciência...**, p. 146-147.

8. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Op. cit., p. 556 e 558.

9. Ibidem, p. 276.

10. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Op. cit., p. 274.

11. MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Discricionariedade e controle jurisdicional**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1996. p. 48.

12. MAURER, Hartmut. **Elementos de direito administrativo alemão**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 2001. p. 46.

13. BINENBOJM, Gustavo. **Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 227.

14. Idem.

15. MORENO, Fernando Sainz. **Conceptos jurídicos, interpretación y discricionariedad administrativa**. 4. ed. Madri: Civitas, p. 70-71 apud MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito constitucional**. 11. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 918.

16. BINENBOJM, Gustavo. Op. cit., p. 229.

17. Idem.

18. MAURER, Hartmut. Op. cit., p. 52.

19. MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso...**, p. 907.

20. BINENBOJM, Gustavo. Op. cit., p. 229.

21. Idem.

22. Ibidem, p. 230.

23. BONAVIDES, Paulo. **Curso...**, p. 518. No mesmo sentido a lição de Ingo Wolfgang SARLET: "(...) sustentamos que a norma contida no art. 5º, parágrafo 1º, da nossa Constituição, para além de aplicável a todos os direitos fundamentais (incluindo os direitos sociais), apresenta caráter de norma-princípio, de tal sorte que se constitui em uma espécie de mandado de otimização, impondo aos órgãos estatais a tarefa de reconhecerem e imprimirem às normas de direitos e garantias fundamentais a maior eficácia e efetividade possível. Vale dizer, em outras palavras, que, das normas definidoras de direitos fundamentais, podem e devem ser extraídos diretamente, mesmo sem uma interposição do legislador, os efeitos jurídicos que lhe são peculiares e que, nessa medida, deverão ser efetivados, já que, do contrário, os direitos fundamentais acabariam por se encontrar na esfera da disponibilidade dos órgãos estatais. De modo especial no que diz com os direitos fundamentais sociais, e contrariamente ao que propugna ainda boa parte da doutrina, tais normas de direitos fundamentais não podem mais ser considerados meros enunciados sem força normativa, limitados a proclamações de boas intenções e veiculando projetos que poderão, ou não, ser objeto de concretização, dependendo única e exclusivamente da boa vontade do poder público, em especial, do legislador. Que tal postulado (o princípio que impõe a maximização da eficácia e da efetividade de todos os direitos fundamentais) não implica desconsiderar as peculiaridades de

determinadas normas de direitos fundamentais, admitindo, dadas as circunstâncias, alguma relativização, é ponto que voltará a ser referido e que aqui vai apenas anunciado” (SARLET, Ingo Wolfgang. Algumas considerações em torno do conteúdo, eficácia e efetividade do direito à saúde na Constituição de 1988. **Revista Diálogo Jurídico**, Salvador, CAJ – Centro de Atualização Jurídica, n. 10, jan. 2002. Disponível em: <<http://www.direitopublico.com.br>>. Acesso em: 04 maio 2013, p. 9).

24. SARLET, Ingo Wolfgang. Op. cit., p. 12.

25. TALAMINI, Eduardo. **Tutela relativa aos deveres de fazer e de não fazer**: CPC, art. 461; CDC, art. 84. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 142.

26. Idem.

27. SARLET, Ingo Wolfgang. Op. cit., p. 12.

28. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Op. cit., p. 478.

29. SARLET, Ingo Wolfgang. Op. cit., p. 13.

30. TALAMINI, Eduardo. Op. cit., p. 143.

31. Ibidem, p. 144.

32. BARCELLOS, Ana Paula de. **Controle jurídico e controle político-social das políticas públicas em matéria de direitos fundamentais**: limites e possibilidades. Palestra proferida no seminário “Implementação jurisdicional de políticas públicas”, realizado pela Escola Superior do Ministério Público da União, Curitiba, 29 jun. 2006.

33. Ressalve-se que a apreciação jurisdicional de proporcionalidade e razoabilidade insere-se no próprio âmbito da legalidade, não se cuidando de análise de mérito administrativo. Nesse sentido, MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso...**, p. 97-100.

34. SARLET, Ingo Wolfgang. Op. cit., p. 13. Daniel Sarmento igualmente defende a necessidade de ponderação, de um lado, do direito prestacional – considerando-se seu nível de fundamentalidade, ou seja, o grau de relevância da prestação para a dignidade humana, para a fruição das liberdades, para o exercício da democracia etc. – e, de outro lado, do princípio democrático, da separação de poderes, dos eventuais ônus às liberdades que a implementação dos direitos possa acarretar (SARMENTO, Daniel. **A proteção judicial dos direitos fundamentais**. Palestra proferida no seminário “Implementação jurisdicional de políticas públicas”, realizado pela Escola Superior do Ministério Público da União, Curitiba, 28 jun. 2006).

35. BARCELLOS, Ana Paula de. Op. cit.

36. SARMENTO, Daniel. Op. cit.

37. SARLET, Ingo Wolfgang. Op. cit., p. 13, nota 16.

38. SARMENTO, Daniel. Op. cit.

39. MARINONI, Luiz Guilherme. **Tutela inibitória**: individual e coletiva. 3. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 106.

40. TALAMINI, Eduardo. Op. cit., p. 149.

41. BONAVIDES, Paulo. **Curso...**, p. 517.

42. SARLET, Ingo Wolfgang. Op. cit., p. 10.

43. Idem.

44. Por óbvio, como em qualquer demanda judicial, sempre será necessária a comprovação de interesse de agir em relação a pretensão de tutela de dever de não fazer. Em se tratando de tutela preventiva – a qual assume primordial importância em relação aos deveres de não fazer –, exige-se a prova de ameaça objetiva e atual de violação do direito. “‘Objetiva’ no sentido de que não é qualquer temor, derivado de simples insegurança psicológica do titular do direito, que autoriza a proteção preventiva. ‘Atual’ porque a transgressão

deve ser iminente, e não prevista para um futuro remoto” (TALAMINI, Eduardo. Op. cit., p. 219). Note-se, porém, que o dever de não fazer pode também assumir caráter continuado (caso, por exemplo, de observância de adequado tratamento aos internos de sanatório) ou implicar resultado prático duradouro (ex.: construção indevida). Nessas circunstâncias, caso já tenha sido iniciada a violação, o interesse de agir poderá verificar-se diante da situação fática configurada (Ibidem, p. 217-218).

45. MARINONI, Luiz Guilherme. **Tutela...**, p. 101.

46. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Op. cit., p. 479.

47. MARINONI, Luiz Guilherme. **Técnica processual e tutela dos direitos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 190.

48. YARSHELL, Flávio Luiz. A execução e a efetividade do processo em relação à Fazenda. In: SUNDFELD, Carlos Ari; BUENO, Cássio Scarpinella (Coords.). **Direito Processual Público: a Fazenda Pública em juízo**. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 220.

49. MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso...**, p. 61.

50. TALAMINI, Eduardo. Op. cit., p. 241.

51. Ibidem, p. 146.

52. CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. 23. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 147.

Referência bibliográfica (de acordo com a NBR 6023:2002/ABNT):

LEBBOS, Carolina Moura. Controle judicial de prestações positivas e negativas do Estado. Revista de Doutrina da 4ª Região, Porto Alegre, n. 57, dez. 2013. Disponível em:

<http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao057/Carolina_Lebbos.html>

Acesso em: 14 jan. 2014.